

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

REQUERIMIENTO DE USO DE DEPÓSITO PREVENCIÓN DE INCENDIOS SÓTANO GARAJE.

Indefensión inexistente ante vía de recurso.

Infracción del uso permanente en tanto se realice uso indebido. Prescripción inexistente.

Compatibilidad uso piscina y depósito agua antiincendios cumpliendo ambas normativas.

Fallo: Estimación. Desfavorable al Ayuntamiento.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Javier Albar Garcia

En ZARAGOZA, a diez de junio de dos mil cinco.

El Sr. D. JAVIER ALBAR GARCÍA, MAGISTRADO-JUEZ de Contencioso/Administrativo nº 2 de ZARAGOZA y su Partido, habiendo visto los presentes autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 195/2004-BI seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como recurrente Doña M.C.M.G., representada por el Procurador D. D.S.V. con la asistencia Letrada de D. J.H.G. y de otra EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA representada por la Procuradora Doña N.C.A. con la asistencia Letrada de D. F.R.T. obrando comparecida en calidad de codemandada D^a M.T.J.B.M. representada por la Procuradora Doña S.P.B. con la asistencia Letrada de Doña A.M.M.S. sobre:

“Acuerdo del Consejo de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 03.02.04, por la que se requería a C.P. Sagasta, 9 y Bolonia, 7-9 para que en el plazo de un mes proceda a que el uso de la lámina de agua o depósito de prevención de incendios sea exclusivamente el abastecer la red de rociadores del sótano 4 en Pº Sagasta 9 Bolonia, 7-9, así como contra la resolución desestimatoria del Recurso de Reposición interpuesto contra la primera (Expte. 119807/2003)”, y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que mediante escrito de fecha 29 de abril de 2004 presentado. en fecha 4 de mayo de 2004 se interpuso por D^a C.M.G. recurso contencioso-administrativo contra la siguiente actuación:

“Acuerdo del Consejo de Gerencia de urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 03.02.04, por la que se requería a C.P. Sagasta 9 y Bolonia, 7-9 para que en el plazo de un mes proceda a que el uso de la lámina de agua o depósito de prevención de incendios sea exclusivamente el abastecer la red de rociadores del sótano 4 en Pº Sagasta, 9 Bolonia, 7-9, así como contra la resolución desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la primera (Expte. 119807/2003)”.

Acordándose incoar procedimiento ordinario, el cual debería sustanciarse conforme a lo dispuesto en el art. 45 y ss. de la LJCA, y reclamándose el oportuno expediente administrativo.

SEGUNDO.- Que tras recabarse el expediente reclamado, se dio traslado del mismo a la recurrente para que en el plazo de veinte días formalizase la oportuna demanda, habiéndolo hecho mediante el escrito que consta unido, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos.

Una vez formalizada la demanda, se dio traslado a la Administración demandada, con entrega del expediente administrativo, para que contestara a la misma en el plazo de veinte días, habiéndolo hecho conforme consta en Autos Confiéndose traslado a la codemandada personada en autos, evacuando el traslado de contestación a la demanda en tiempo y forma.

TERCERO.- Que mediante auto de fecha 1 de diciembre de 2004 se acordó fijar la cuantía del recurso en Indeterminada, acordándose el recibimiento del procedimiento a prueba, practicándose las pruebas propuestas, admitidas y declaradas pertinentes con el resultado que obra en autos, acordándose seguidamente el trámite de conclusiones, quedando los autos conclusos para Sentencia.

CUARTO.- Que en la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre el acuerdo del Consejo de Gerencia del ayuntamiento de Zaragoza de 6-4-2004 que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la de 3-2-2004 que había ordenado que el uso de la lámina de agua existente en la calle Comunidad de Propietarios del Paseo Sagasta 9 y Bolonia 7-9, se dedicase exclusivamente a abastecer la red de rociadores del sótano 4.

Se alega nulidad procedimental por falta de traslado a la recurrente, lesión del derecho de propiedad, prescripción y falta de fundamento de la resolución.

SEGUNDO.- En relación con el defecto en el procedimiento, se alega que hubo infracción de las normas esenciales del procedimiento del art. 62.1.e, por haber prescindido total y absolutamente del procedimiento, al no haberle sido dado traslado, pero ello es en realidad un vicio de forma que sólo determina la anulabilidad, que no nulidad, en caso de haber causado indefensión, art. 63.2 de la Ley 30/1992. En el caso presente es cierto que no se dio traslado a la recurrente, pese a tener, obviamente, conocimiento del domicilio, pero ello no ha causado indefensión ya que del modo que sea, la parte tuvo conocimiento del asunto y, en vía de recurso, pudo formular alegaciones y, en su caso, haber solicitado prueba, cosa que no hizo. Carecería de sentido el anular la resolución para que se instase de nuevo el procedimiento y darle traslado a fin, de que alegase lo que ya alegó en el recurso de reposición y en la demanda.

TERCERO.- En cuanto a la infracción del derecho de propiedad, debe de rechazarse, ya que la parte olvida la función social de la misma, recogida en el art.33 de la CE, como de la limitación que tal derecho tiene por las leyes, art. 348 del CC, además de que no se discute la propiedad sino la compatibilidad de un derecho de uso y disfrute exclusivo con la normativa de incendios, la cual es precisamente uno de los elementos propios que moralizan o limitan el derecho de propiedad.

CUARTO.- Con relación a la prescripción, debe de rechazarse, ya que si se trata de un uso, no ajustado a Derecho la infracción o uso indebido se produce de forma permanente, en tanto en cuanto se realice tal uso indebido, por lo que no se puede hablar de prescripción, además de que, cuando se trata de ajuste a normas de incendios, y en general respecto de toda norma de policía y seguridad, cabe la intervención de la inspección para eliminar los usos incompatibles con la misma.

QUINTO.- En cuanto al fondo del asunto, se debe de centrar en tres cuestiones, el alcance del derecho de disfrute exclusivo de la lámina de agua, el amparo que el uso que se le da tenga en la norma y la contradicción con ella y la posibilidad de compatibilizar de forma efectiva ambos usos, el de almacenamiento de agua para incendios y el de piscina que le viene dando la parte recurrente, sin que éste, secundario, afecta al principal.

Empezando por la primera cuestión, la pericial practicada puso de relieve, que ya en el proyecto tiene la configuración actual, en concreto se hizo referencia al plano nº 15. Por su lado, ya en marzo de 1996 los arquitectos recogían, folio 38 del tomo II, la existencia de un uso y disfrute exclusivo de la vivienda A de la planta 7ª, sin que se hiciese referencia a prohibición o limitación alguna, con lo cual hay que entender que, en tanto no sea incompatible con lo que se considera uso principal (el propio arquitecto en la ampliación, del tomo II, folio 15, en septiembre de 1998 lo ratificaba), puede dársele el uso que se tenga por conveniente. Así mismo, en la

memoria incorporada con el proyecto de ejecución, folios 13 y siguientes del tomo II (ampliación*) del expediente, punto cuarto, párrafo quinto, se recoge la existencia de la lámina de agua de uso y disfrute de las viviendas superiores, siendo tal proyecto de ejecución el que se aprueba en la licencia de 27-9-1993, folio 16, con una modificación posterior en relación con trasteros. Finalmente, folio 53 del tomo II, en la declaración de obra nueva se recoge también tal uso y disfrute exclusivo, cosa reconocida en informe municipal, folio 54. En consecuencia, ya desde el proyecto constaba el uso accesorio que tenía la lámina de agua para disfrute del particular.

Por otra parte, cuando se habla de uso y disfrute atribuido al titular de una vivienda, realmente el único imaginable es como piscina, ya que, por ejemplo, como estanque de peces no sería posible, al generarse con ello problemas de sedimentos, falta de limpieza, etc, no cabiendo imaginar, por otro lado, que se pretendiese que un vecino llenase a su costa el depósito, con la carga añadida de tenerlo en condiciones, sin tener a cambio de ello un beneficio tangible. Del mismo modo, en las conclusiones de la codemandada se trasluce, en el párrafo quinto de la conclusión, segunda, en la que se hace referencia al lujo del que disfruta la recurrente “sustraído, al resto de los propietarios”, que hay un importante componente de fastidio por tal situación.

En relación con que pueda infringir alguna norma, no se ha citado precepto alguno de la normativa de incendios que se pueda considerar violentado, tal y como alega el recurrente. A priori, la pretensión del Ayuntamiento viene a ser como si se quisiese impedir el uso de una puerta cuya existencia viene obligada por la normativa de incendios y se pretendiese que quedase única y exclusivamente para el caso de emergencia de incendios. No es así, y puede haber medidas antiincendios que permitan un uso complementario o secundario, eso sí, siempre y cuando ello no limite la virtualidad de la medida impuesta, y así, por ejemplo, si se coloca un detector de humos para caso de incendios, nada impide que se pueda utilizar también para determinar cuándo se debe de poner en marcha el extractor del garaje, por ejemplo, aunque no haya un incendio y sí únicamente una acumulación de gases de combustión.

Finalmente, y en tercer lugar, en cuanto a esa compatibilidad de la medida, que debe de estar el 100 % de su capacidad de funcionamiento, y el uso como piscina, la pericial fue clara e indicó, la compatibilidad de ambos usos, cumpliendo la normativa como piscina y como sistema antiincendios. Es más, indicó que tiene grupo de presión para hacer funcionar los hidrantes, ya que de no tenerlo la presión podría ser baja, así como un sistema automático que no precisa de pasar por la vivienda para que funcione. Es decir, aunque se esté usando como piscina, en un momento dado se pone en marcha sin que para tal funcionamiento hay de pasarse por la vivienda particular o depender de alguna acción de ésta. A todo ello aún podríamos al añadir una cosa, de elemental sentido común mientras se use como piscina se tiene garantizado el correcto mantenimiento, al tener un sistema de depuración que evite algas y sedimentaciones, habiéndose encontrado por el perito en buenas condiciones la piscina-depósito, pese a que se estaba en marzo, fuera de temporada del uso de la piscina, siendo un buen estímulo para que el interesado lo tenga en condiciones, y siendo por otro lado la lógica contrapartida a la responsabilidad y gasto que asume respecto de su mantenimiento. Ciertamente es que hubo un informe de 2-12-1999 en el que el Jefe del Servicio de Control, visado por el Jefe del Servicio de Inspección de incendios, dice que la función principal, y única es abastecer la red de rociadores del sótano-4, siendo “incompatible con otro uso por los problemas que de ello se podrían derivar”. Pero, al margen de la contradicción que supone hablar de principal y único, pues si hay un uso principal es porque caben usos secundarios, la realidad es que no se concretan los problemas que de tal uso se podrían derivar, y la pericial ha venido a decirnos que son compatibles. En cuanto a que el mantenimiento de las instalaciones compete a toda la Comunidad, y no a un solo vecino, según el RD 1942/1993, ello podría ser un obstáculo para la fijación del uso y disfrute exclusivo, así como el correlativo mantenimiento, por un solo vecino, pero eso sería independiente de que se use o no como piscina, y en todo caso sería subsanable, como propone dicho informe, con un acceso independiente. Finalmente, considera que, es admisible la instalación en cubierta, por lo que estaría fuera de lugar la pretensión, en alguno de los escritos de algún vecino folio 36), de que sea cubierta dicha lámina. Finalmente,

en el anterior informe de 28-5-1999, folio 25 Tomo II, se decía que se cumplía la normativa, como también se dirá en el de 23-1-2002, folio 54.

Se opone a lo anterior, dadas las argumentaciones, que no hay un acceso libre o independiente para el Mantenimiento, y que se ha construido una cocina, y, algún otro elemento. Respecto de lo primero, es un problema que existe por la propia configuración y estatuto jurídico del depósito, con independencia de que se use para piscina o para cualquier otra finalidad, pues el problema viene dado por estar atribuido como de uso, disfrute y responsabilidad exclusiva del particular, con lo cual, se use o no como piscina, ese obstáculo siempre existirá, y en su caso lo que procedería es arbitrar un sistema de acceso independiente para que se pueda verificar el cumplimiento que hace el propietario de sus obligaciones, siendo competencia del Ayuntamiento el exigir los medios de acceso que considere precisos para el control del mantenimiento por los servicios de inspección.

En cuanto a la construcción de otros elementos eso podrá constituir una infracción propia y autónoma, pero en modo alguno tiene relación jurídica con el derecho de usar o no usar como piscina dicho depósito.

En consecuencia, por todo lo anterior, la orden de que se use exclusivamente como depósito de agua para abastecimiento de los rociadores del sótano 4 no es ajustada a derecho, debiendo de ser anulada, por lo que procede estimar la demanda.

SEXTO.- No procede hacer expresa condena de las costas del recurso, conforme al art. 139 LJCA.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación

FALLO

Que estimando en su totalidad el recurso interpuesto por D^a M.C.M.G. contra el Acuerdo del Consejo de Gerencia del Ayuntamiento de Zaragoza de 6-4-2004 que desestimó el Recurso de Reposición interpuesto contra la de 3-2-2004 que había ordenado que el uso de la lámina de agua existente en la calle comunidad de propietarios del Paseo Sagasta 9 y Bolonia 7-9, se dedicase exclusivamente a abastecer la red de rociadores del sótano 4, debo anular y anulo la misma, declarando el derecho a hacer uso como piscina, al ser compatible con el uso principal, no habiendo lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA
Recurso de apelación nº 344/2005. Sentencia de 23/07/2009

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

REQUERIMIENTO DE USO DE DEPÓSITO PREVENCIÓN DE INCENDIOS
SÓTANO GARAJE.

Error informe pericial. Inexistencia.

Fallo: Desestimación. Favorable al Ayuntamiento.

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE

D. Ricardo Cubero Romeo

MAGISTRADOS

D. Jesús-María Arias Juana

D^a Isabel Zarzuela Ballester (*Ponente*)

D^a Nerea Yuste Diez de Pinos

En Zaragoza, a veintitrés de julio de dos mil nueve.

En nombre de S.M. el Rey.

VISTO, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON, Sección Primera, en grado de apelación, el recurso número 195 de 2004, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número dos de Zaragoza, rollo de apelación número 344 de 2005, a instancia de D^a M.T.J.B.M., representada por la Procurador D^a S.P.B. y asistida por la Letrado D^a A.M.M., siendo parte recurrida, el AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, no comparecido, y D^a M.C.M.G., representada por el Procurador D. D.S.V. y asistida por el Letrado D. J.H.G.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10 de junio de 2005, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo numero Dos de Zaragoza, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: *“FALLO: Que estimando en su totalidad el recurso interpuesto por D^a M.C.M.G. contra el Acuerdo del Consejo de Gerencia Ayuntamiento de Zaragoza de 6-4-2004 que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la de 3-2-2004 que habia ordenado que el uso de la lámina de agua existente en la calle Comunidad de Propietarios del Paseo Sagasta 9, Bolonia, 7-9 se dedique exclusivamente a abastecer la red de rociadores del sótano 4, debo anular y anulo la misma, declarando el derecho a hacer uso como piscina, al ser compatible con el uso principal, no habiendo lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso”*.

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso por la representación de la codemandada D^a M.T.J.B.M., recurso de apelación solicitando de esta Sala su revocación y la desestimación del recurso promovido, que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado a la representación de la Administración demandada y a la de la parte actora para que pudieran formalizar su oposición al mismo, haciéndolo únicamente esta última; siendo remitidas las actuaciones a esta Sala.

TERCERO.- Turnado a esta Seccion Primera el recurso, y formado el correspondiente rollo, se celebró la votación y fallo del mismo el día señalado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia apelada, con estimación del Recurso Contencioso-administrativo interpuesto por la recurrente D^a M.C.M.G., anuló la resolución administrativa recurrida, del Consejo de Gerencia del Ayuntamiento de Zaragoza de 6-4-2004 desestimatoria del recurso de reposición interpuesto por aquella contra la de 3-2-2004 por la que se requería a la Comunidad de Propietarios Sagasta, 9 y Bolonia, 7-9 para que en el plazo de un mes proceda a que el uso de la lámina de agua o depósito de prevención de incendios sea exclusivamente el abastecer la red de rociadores del sótano 4 en P^o Sagasta, 9 Bolonia, 7-9, al considerar, por lo que aquí

interesa, que es compatible el uso principal de la lámina de agua como depósito de agua para incendios y el uso accesorio -como piscina- que le viene dado por la parte recurrente propietaria de la vivienda A y B de la planta 7ª, con independencia de la competencia del Ayuntamiento para exigir los medios de acceso que considere precisos para el control del mantenimiento por los servicios de inspección.

SEGUNDO.- Por la codemandada, hoy apelante, en su pretensión de revocación de la sentencia recurrida, alega como motivos de impugnación error del informe pericial que ha servido de fundamento al Tribunal de Instancia en cuanto aprecia la compatibilidad de los usos para piscina y como protección de incendios de la lámina de agua y vulneración de la normativa de incendios que señala el uso exclusivo del depósito para sistema contra incendios. Motivos de impugnación que no pueden ser acogidos.

TERCERO.- Así centrado el objeto del recurso y como señala la sentencia -fundamento quinto- obra al folio 16 expediente (Tomo II ampliación*) licencia que aprueba el proyecto de ejecución de construcción de edificio de viviendas... de fecha 27-9-1993 en cuya memoria, punto cuarto párrafo quinto, se señala la existencia de una planta de cubierta, destinada a terraza practicable y lámina de agua de uso y disfrute de las viviendas de la planta séptima -folio 15-. El Real Decreto 1942/1993, de 5 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones de Protección contra Incendios, al que se refiere la actora, según la Disposición Final primera, 2, entraba en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado que tuvo lugar en el BOE 298/1993, de 14 diciembre 1993 Ref. Boletín: 93/29581, estableciendo la Disposición Transitoria primera que “a los aparatos, equipos o sistemas ya instalados o en proyecto de instalación, con anterioridad a la entrada en vigor del presente Reglamento, únicamente les será de aplicación aquellas materias relativas a su mantenimiento”. De manera que la exigencia pretendida por la apelante no era de aplicación al caso, como tampoco la Ordenanza Municipal de Incendios que señala, al tener licencia con anterioridad a la entrada en vigor de la misma, según se desprende del informe de la Jefatura del Departamento de Prevención obrante al folio 5 del mismo expediente.

Por otra parte, si bien el perito judicial hace referencia en su informe, como normativa de aplicación a la instalación controvertida, al indicado Real Decreto 1942/93 lo es en relación con el mantenimiento como depósito de prevención después de calificar los dos usos -piscina y depósito de prevención- como compatibles siempre que se sea especialmente escrupuloso en el mantenimiento de las dos instalaciones, de manera que el Tribunal de instancia al valorar la prueba pericial en relación con lo deducido de los expedientes administrativos aportados -configuración actual ya en el proyecto con referencia al plano 15; en marzo de 1996 los arquitectos recogían, folio 38 del Tomo II, la existencia de un uso y disfrute exclusivo de la vivienda A y B de la planta, 7ª, declaración de obra nueva e informe municipal obrante al folio 54-, concluye el uso accesorio que tenía la lámina de agua para disfrute del particular, todo ello sin perjuicio de las facultades de la Entidad local de garantizar el buen y correcto uso de la lámina de agua y el mantenimiento de la misma en las condiciones que exige el uso principal como depósito de los rociadores de agua del sótano destinado a aparcamiento.

En atención a todo lo anteriormente expuesto, y sin que sea relevante el informe pericial aportado con la apelante con escrito de Recurso que amén de ser inadmisibile conforme a lo establecido en el artículo 85.3 de la Ley Jurisdiccional, no desvirtuaría lo anteriormente señalado, procede desestimar el recurso de apelación. Todo ello sin perjuicio, claro está, de que por el Ayuntamiento pudiera acordarse en cualquier momento las medidas oportunas para el control del mantenimiento de la lámina de agua en las condiciones que exige el uso principal como depósito de los rociadores de agua del sótano destinado a aparcamiento, en el obligado ejercicio de la actividad administrativa para garantizar la seguridad de personas y bienes.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional, procede imponer las costas del presente recurso de apelación a la apelante.

En atención a lo expuesto, este Tribunal ha resuelto pronunciar lo siguiente:

FALLO

PRIMERO.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por D^a M.T.J.B.M., contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número dos de Zaragoza, de fecha 10 de junio de 2005, dictada en el recurso contencioso-administrativo seguido en dicho Juzgado con el número 195 de 2004.

SEGUNDO.- Imponer las costas de este procedimiento a la parte apelante.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.